

В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

ГК РФ 25 лет

Научный журнал. Основан в 1913 г. Издание возобновлено в 2006 г.

№ 5
2019
Том 19

9

Генезис концепции субъективного права
в европейской науке частного права (VI–XVIII вв.)

С.В. ТРЕТЬЯКОВ

79

Императивные и диспозитивные нормы в корпоративном законодательстве
(ошибки в формулировках, проблемы толкования и правоприменения)

А.А. МАКОВСКАЯ

110

Владение в российском праве: *quo vadis?*

А.О. РЫБАЛОВ

203

Из практики Совета при Президенте Российской Федерации
по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства

(экспертные заключения по проектам федеральных законов № 728256-7 «О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О ведении гражданами садоводства и огородничества для собственных нужд и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»; № 752270-7 «О внесении изменения в статью 36 Жилищного кодекса Российской Федерации»; «О публичной нефинансовой отчетности»; «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления порядка заключения концессионного соглашения, соглашения о государственно-частном партнерстве, соглашения о муниципально-частном партнерстве в сфере перевозок пассажиров автомобильным транспортом и городским наземным электрическим транспортом»; «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О саморегулируемых организациях» (в части совершенствования законодательства о саморегулируемых организациях в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта, сноса объектов капитального строительства)»)



КонсультантПлюс
надежная правовая поддержка

В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№ 5

2019

Том 19

Редакционный совет

Юрген БАЗЕДОВ

Беа ВЕРШРАЕГЕН

В.В. ВИТРИАНСКИЙ

Г.А. ГАДЖИЕВ

А.Г. ДОЛГОВ

В. ЕМ

И.С. ЗЫКИН

А.А. ИВАНОВ

А.С. КОМАРОВ

Хельмут КОЦИОЛЬ

П.В. КРАШЕНИННИКОВ

А.А. МАКОВСКИЙ (председатель)

Л.А. НОВОСЕЛОВА

Е.А. СУХАНОВ

В.В. ЧУБАРОВ

В.Ф. ЯКОВЛЕВ

Главный редактор

Е.А. СУХАНОВ

Зам. главного редактора

А.Е. ШЕРСТОБИТОВ

Ответственный редактор

М.Л. БАШКАТОВ

Редакционная коллегия

Райнер ВЕДДЕ, Е.В. ВЕРШИННИНА,

Ян ДВОРЖАК, А.В. ЕГОРОВ,

О.М. КОЗЫРЬ, А.Н. КУЧЕР,

А.А. МАКОВСКАЯ, Е.А. ПАВЛОВА,

С.В. САРБАШ, С.А. СИНИЦЫН,

С.В. ТРЕТЬЯКОВ, А.М. ШИРВИНДТ

Помошник ответственного редактора Д.С. Кочергин

Выпускающий редактор О.В. Виноградова

Дизайн: А.Г. Орлова

Верстка: ИП Резниченко А.С.

Интернет-поддержка: ИП Труфанов Е.А.

Отдел подписки: mvgr@mvgr.org

Журнал «Вестник гражданского права»

выходит три раза в полугодие.

«Вестник гражданского права» зарегистрирован

Федеральной службой по надзору

за соблюдением законодательства

в сфере массовых коммуникаций

и охране культурного наследия.

Рег. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:

В. ЕМ, А.А. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ема»

119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.

тел.: +7 (495) 649 18 06; www.mvgr.org

Перепечатка материалов из журнала

«Вестник гражданского права»

допускается только с согласия Издателя.

Ссылка на источник опубликования обязательна.

Издатель или Редакция не дают справок

и консультаций и не вступают в переписку.

Рукописи не возвращаются.

Учредитель, Издатель не несут ответственности

за содержание рекламы и объявлений.

Мнения, высказываемые в публикациях

авторов, не обязательно отражают

официальную точку зрения организаций,

которые они представляют.

ISSN 1992-2043

Журнал «Вестник гражданского права»

включен в Перечень ведущих рецензируемых

научных журналов и изданий, в которых

должны быть опубликованы основные

научные результаты диссертаций

на соискание ученой степени

доктора и кандидата юридических наук

CIVIL LAW

R E V I E W

No. 5

2019

Vol. 19

Editorial Council

Jürgen BASEDOW

Bea VERSCHRAEGEN

V.V. VITRIANSKY

G.A. GADZHIEV

A.G. DOLGOV

V. EM

I.S. ZYKIN

A.A. IVANOV

A.S. KOMAROV

Helmut KOZIOL

P.V. KRASHENINNIKOV

A.L. MAKOVSKY (chairman)

L.A. NOVOSELOVA

E.A. SUKHANOV

V.V. CHUBAROV

V.F. YAKOVLEV

Editor-in-Chief

E.A. SUKHANOV

Deputy Editor-in-Chief

A.E. SHERSTOBITOV

Managing and Executive Editor

M.L. BASHKATOV

Editorial Board

Reiner WEDDE, E.V. VERSHININA,

Jan DVOŘÁK, A.V. EGOROV,

O.M. KOZYR, A.N. KUCHER,

A.A. MAKOVSKAYA, E.A. PAVLOVA,

S.V. SARBASH, S.A. SINITSYN,

S.V. TRETIAKOV, A.M. SHIRVINDT

Assistant to Executive Editor D.S. Kochergin

Production Editor O.V. Vinogradova

Design: A.G. Orlova

Layout: A.S. Reznichenko

Internet Support: E.A. Trufanov

Subscription Dep.: mvgp@mvgp.org

The Journal «Civil Law Review»
is being published three times
in a half of the Year.

«Civil Law Review» is registered
by the Federal Service for supervision
of legislation in mass communications
and cultural heritage protection (Russia).
Reg. No. FS77-25484 of August 14, 2006.

Founders:

V. Em, A.L. Makovsky, E.A. Sukhanov

Publisher: LLC «V. Em Publishing House»
119454, Moscow, Lobachevskogo st., 92,
building 2.

Phone: +7 (495) 649 18 06; www.mvgp.org

Reprint and republication of all the materials
of the Civil Law Review Journal are allowed
only with the consent of the Publisher.

The appropriate reference to the source
of publication is obligatory.

The Publisher and the Editor's office do not
render information and consultations and
do not enter into correspondence.

Manuscripts are not being returned.

The Founders and the Publisher are not
responsible for the content of advertisements
and announcements.

The opinions expressed in the publications
refer to the authors and do not necessarily
reflect the official view of the organizations
they represent.

ISSN 1992-2043

The Civil Law Review Journal
is included into the official governmental
List of leading peer-reviewed scientific
periodicals (Russia)

СОДЕРЖАНИЕ



ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

Генезис концепции субъективного права
в европейской науке частного права (VI–XVIII вв.)

С.В. Третьяков

9

Случаи свободного использования объектов авторских прав:
сущность, общий обзор

А.С. Ворожевич, Н.В. Козлова

43

Императивные и диспозитивные нормы
в корпоративном законодательстве
(ошибки в формулировках, проблемы толкования
и правоприменения)

А.А. Маковская

79

Владение в российском праве: *quo vadis?*

А.О. Рыбалов

110

Теория и практика корпоративных договоров:
необходимость новой теории?

Е.А. Чиркова

128

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО В КОММЕНТАРИЯХ

Защита нарушенных исключительных прав на патентоохраняемые объекты
в контексте развития кодификации законодательства
об интеллектуальных правах

А.С. Ворожевич

161

Рамочный договор: комментарий к комментарию

А.С. Райников

186

ПОЛИТИКА ПРАВА

Из практики Совета при Президенте Российской Федерации
по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства

Экспертное заключение по проекту федерального закона № 728256-7
«О внесении изменений в Жилищный кодекс Российской Федерации
и Федеральный закон «О ведении гражданами садоводства и огородничества
для собственных нужд и о внесении изменений в отдельные
законодательные акты Российской Федерации»»

205

Экспертное заключение по проекту федерального закона № 752270-7
«О внесении изменения в статью 36 Жилищного кодекса
Российской Федерации»

209

Экспертное заключение по проекту федерального закона
«О публичной нефинансовой отчетности»

215

Экспертное заключение по проекту федерального закона «О внесении
изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части
установления порядка заключения концессионного соглашения,
соглашения о государственно-частном партнерстве, соглашения
о муниципально-частном партнерстве в сфере перевозок пассажиров

автомобильным транспортом и городским наземным
электрическим транспортом»

218

Экспертное заключение по проекту федерального закона
«О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации
и Федеральный закон «О саморегулируемых организациях»
(в части совершенствования законодательства о саморегулируемых
организациях в области инженерных изысканий, архитектурно-строительного
проектирования, строительства, реконструкции, капитального ремонта,
сноса объектов капитального строительства)»

225



ИНОСТРАННАЯ НАУКА ЧАСТНОГО ПРАВА

Кролик Роджер и Город Надежды.
К вопросу о фидуциарных обязанностях лицензиата
С.А. Будылин

230



КРИТИКА И РЕЦЕНЗИИ

Защита права на деловую репутацию
по гражданскому законодательству Российской Федерации
(в контексте диссертационного исследования
Н.Н. Парыгиной)
Е.В. Гаврилов

243



ПЕРСОНАЛИИ

К юбилею Н.И. Марышевой

267

TABLE OF CONTENTS



PROBLEMS OF CIVIL LAW

The Making of the Concept “Subjective Right”
in the European Private Law Doctrine
S.V. Tretyakov

10

Cases of Free Fair Use of Copyright Objects: Summary, Overview
A.S. Vorozhevich, N.V. Kozlova

44

Imperative and Dispositive Rules in Corporate Legislation
(Errors in Formulation, Problems of Interpretation
and Enforcement)
A.A. Makovskaya

80

Possession in the Russian Law: *Quo Vadis?*
A.O. Rybalov

110

Corporate Contracts: Theories and Practices.
Do We Need a New Theory?
E.A. Chirkova

129



CIVIL LAW IN COMMENTARIES

Patent Rights Defenses in the Context of the Development
of the Codification of Intellectual Property Legislation
A.S. Vorozhevich

162

Framework Agreement: Comment to the Commentary
A.S. Raynikov

186



LEGAL POLICY

Current Papers of the Council for Codification and Improvement
of Civil Legislation Attached to the President of the Russian Federation

Expert Resolution on the Draft Bill No. 728256-7
“On Amendments to the Housing Code of the Russian Federation
and the Federal Law ‘On the Conduct of Gardening and Horticulture
by Citizens for Their Own Needs and on Amendments
to Some Legislative Acts of the Russian Federation”

205

Expert Resolution on the Draft Bill No. 752270-7
“On Amendment to Article 36 of the Housing Code
of the Russian Federation”

209

Expert Resolution on the Draft Bill
“On Public Non-Financial Reporting”

215

Expert Resolution on the Draft Bill
“On Amendments to Some Legislative Acts of the Russian Federation Regarding
the Establishment of a Procedure for Concluding a Concession Agreement,

an Agreement on Public-Private Partnership, an Agreement
on Municipal-Private Partnership in the Field of Passenger Transport
by Road and Urban Land Electric Transport”

218

Expert Resolution on the Draft Bill
“On Amendments to the Town Planning Code of the Russian Federation
and the Federal Law ‘On Self-Regulatory Organizations’ (in Terms of Improving
the Legislation on Self-Regulatory Organizations in the Field of Engineering
Surveys, Architectural and Construction Design, Construction, Reconstruction,
Overhaul, Demolition of Capital Construction Objects)”

225



FOREIGN STUDIES IN PRIVATE LAW

Roger Rabbit and City of Hope. On Licensee’s Fiduciary Duties

S.L. Budylin

230



CRITICS AND REVIEWS

Protection of the Right to Business Reputation Under Civil Law
of the Russian Federation (in the Context of the Dissertation
Research by N.N. Parygina)

E.V. Gavrilov

244



PERSONALIA

To Anniversary of N.I. Marysheva

267

ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

ГЕНЕЗИС КОНЦЕПЦИИ СУБЪЕКТИВНОГО ПРАВА В ЕВРОПЕЙСКОЙ НАУКЕ ЧАСТНОГО ПРАВА (VI–XVIII вв.)



С.В. ТРЕТЬЯКОВ,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права
юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова,
профессор кафедры теории и истории частного права и кафедры международного
частного права Российской школы частного права

<https://doi.org/10.24031/1992-2043-2019-19-5-9-42>

В статье исследуется проблема возникновения категории субъективного права в европейской теории частного права. Выделяются основные факторы, которые способствовали возникновению категории субъективного права. К числу этих факторов автор, в частности, относит возникновение представления о частном праве как порядке норм (объективного) права, последовательное отделение частного права от гражданского процесса, усилия школы глоссаторов и комментаторов, направленные на систематизацию частного права. Подробно проанализировано решающее влияние, которое на формирование категории субъективного права оказали дискуссии в рамках средневековой схоластики между номиналистами и реалистами, католиками и протестантами, которые автор считает решающими в процессе генезиса категории субъективного права. Два ключевых компонента классического понятия субъективного (частного) права – понимание права как способности или атрибута субъекта и понятие господства субъекта над объектом имеют теологические основания.

Ключевые слова: субъективное (частное) право; правоспособность; автономия воли; господство над объектом.

THE MAKING OF THE CONCEPT “SUBJECTIVE RIGHT” IN THE EUROPEAN PRIVATE LAW DOCTRINE

S.V. TRETYAKOV,

PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law of the Faculty
of Law of the Lomonosov Moscow State University,
Professor of the Department of Theory and History of Private Law and the Department
of Private International Law of the Russian School of Private Law

At what particular moment the concept “subjective right” has gained its status of the most important abstraction of the classical continental private law doctrine? What are the factors which generated this result? The author lists and analyses a wide range of such factors as well as debates on their relative importance. Special stress has been made on the theological roots of the concepts of free will and liberty. Two key components of the concept of subjective right, a concept of right as an intrinsic capacity of the subject and a proprietary concept of right, both seem to have theological origins.

Keywords: private law; subjective right; legal capacity; autonomy of will; legal dominion.

Самая ранняя встречающаяся в литературе датировка момента возникновения категории субъективного (частного) права в постримской юриспруденции относит его к VI в. н.э. Речь идет о так называемом парафразе Теофила – греческом переводе Институций Юстиниана, автором которого считают одного из разработчиков *Corpus Juris Civilis*, константинопольского правоведа Теофила. Среди прочего, Теофил меняет порядок расположения материала Институций. Как известно, Институции Гая основаны на трихотомии «лица/вещи/иски». Это деление вызывало и продолжает вызывать трудности в интерпретации¹. В частности, *obligationes* рассматривались Гаем в качестве разновидности *res*. Теофил предложил аргументы, которые в конечном счете привели к изменению порядка расположения материала и появлению самостоятельной рубрики *obligationes* между *res* и *actiones*. После рассмотрения категории вещей Теофил переходит к обязательствам, а в качестве обоснования перехода от вещей к обязательствам, а не к искам (как это предполагала классификация Гая) указывает,

¹ Giglio F. Coherence an Corporeality – On Gaius II, 12-14 // Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung. 2013. Bd. 130. S. 127–163.

что обязательства и иски связаны между собой. Понятно, что включение обязательств в рубрику вещей вызывало вопросы и требовало обоснования. Именно эту проблему чувствует необходимость решить Теофил.

Интересно обоснование, которое Теофил использовал для такого рода реструктурирования. По мнению константинопольского правоведа, *actiones* и *obligationes* оказываются тесно связанными друг с другом, причем в такой степени связанными, что, говоря об *obligationes*, подразумеваются и *actiones*, потому что, как полагает Теофил, *obligatio* представляет собой материнскую категорию по отношению к *actio*¹.

Аффольтер считает, что именно парафраз Теофила и является моментом возникновения категории субъективного права в европейской науке частного права². Аналогия между *actio* и *obligatio* могла возникнуть лишь в том случае, если не принимался в расчет объективно-правовой характер трихотомии Гая, в которой обязательства трактовались в качестве разновидности вещей. Альтернативная же интерпретация Теофила предполагает, что между вещами и обязательствами меньше общего, чем между обязательствами и средствами защиты, исками. В таком случае, очевидно, этой общей чертой, объединяющей две последние категории, будет именно то, что и в том, и в другом случае речь идет о праве требовать определенного поведения, обращенного к обязанному лицу. Применительно к *actiones* речь идет о праве требовать принудительного осуществления (защиты) нарушенного права. Применительно же к *obligationes* речь, очевидно, должна идти о праве требования на донарушенной стадии. Терминологически это выражается следующим образом: применительно к *obligationes* смысл этой категории раскрывается как *dare, facere, praestare* (D. 44.7.3). Те же формулировки применяются к *actiones in personam* (Gai. Inst. 4.2). *Obligatio* понимается как *juris vincluum*, а в отношении *actio* употребляется сходное по смыслу выражение «*actione teneri*»³.

Более того, если обязательство должно рассматриваться в качестве родовой («материнской») категории по отношению к средству защиты (*actio*), то именно право требования определенного поведения от должника должно быть основанием возможности требовать принудительного осуществления этого права в случае его неисполнения добровольно. Все это дает основания для интерпретации парафразы Теофила в том смысле, что константинопольский правовед впервые вычленил понятие права требования в субъективно-правовом смысле.

¹ Буквально: «*obligatio* является матерью *actio*». Перевод соответствующего высказывания Теофила содержится в монографии Аффольтера: *Affolter F.X. Das römische Institutionen-system, sein Wesen und seine Geschichte*. Berlin: Puttkammer & Mülbrecht, 1897. S. 70.

² *Ibid.* S. 71.

³ *Dubischar R. Über die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung der Rechte in sogenannte absolute und relative: ein dogmengeschichtlicher Beitrag zur Lehre vom subjektiven Privatrecht*. Tübingen: Präzis, 1961. S. 28.

Господствующее мнение, однако, не склонно соглашаться с логикой Аффольтера и не считает парафраз Теофила моментом возникновения категории субъективного частного права. К примеру, указывается на экзегетический характер науки частного права в Средние века вообще и в византийской традиции в частности. В отличие от классического римского права, в котором теоретические конструкции и категориальный аппарат частного права были производны от социальной реальности, от практики развития имущественного оборота, средневековая частнопредметная традиция работала главным образом с авторитетными текстами¹. В подобных условиях теоретические инновации, подобные формированию категории субъективного частного права, права субъекта, были просто невозможны. Задача науки частного права того периода заключалась в том, чтобы максимально точно и непротиворечиво передать смысл авторитетного текста (Священного Писания для теологии, *Corpus Juris Civilis* для юриспруденции). Если считать, что римское право не знало категории субъективного частного права в техническом смысле слова, то и средневековая наука не могла истолковать в столь инновативном ключе. Для подобного рода интерпретации необходимо было бы отказаться от представления, в соответствии с которым авторитетный текст сам по себе дает ответы на все вопросы. В рамках правовой традиции, выдающей свою задачу исключительно в систематизации правового материала, появление новой правовой категории, знаменующей переход от объективно-правовой трактовки институтов частного права к их интерпретации в качестве разновидностей субъективно-правовых возможностей, выглядит слишком революционным².

Как работала средневековая наука частного права, можно продемонстрировать, обратившись к эпохе глоссаторов, которые также предпринимали попытку теоретического осмысления классификации и институтов частного права на основе интерпретации авторитетных текстов римского права.

Прежде всего именно Средние века знаменуют переход от системы принудительного осуществления гражданских прав к системе правил поведения, объективно-правовых норм частного права³. Соответственно, римские *actiones* подверглись интерпретации в объективно-правовом духе. Для этой цели глоссаторы использовали специфическую философскую технику того времени – аристотелево-томистское учение о четырех причинах.

По мнению Аристотеля и Фомы Аквинского, мир состоит из индивидуальных вещей, которые именуются субстанциями. Все вокруг – деревья, люди, камни – представляет собой субстанции. В каждой субстанции заложена способность разви-

¹ Fezer K.-H. Teilhabe und Verantwortung: die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts. München: C.H. Beck, 1986. S. 143.

² Ibid. S. 145.

³ Bucher E. Für mehr Aktionendenken // Archiv für die civilistische Praxis (AcP). 1986. Bd. 186. S. 1-73.

ваться определенным образом. Семя дерева может стать деревом, но не человеком. Соответственно, направление эволюции каждого типа субстанции определяется ее *целью*, или целевой причиной. Каждая субстанция ведет себя определенным образом, и возможность вести себя определенным, а не другим образом заложена внутри субстанции, а не вне ее, определяется ее *формой*. Форма составляет формальную причину субстанции. При помощи формы цель соединяется с материей. Форма придает индивидуальность субстанции, а также определенную телеологию. Потеря формы означает потерю идентичности вещи. Например, если вещь спoreла, то, превратившись в золу, она утратила субстанциальную форму. Материальная причина – это материальный субстрат, которой оформляется при помощи формы. Дерево и стол, например, имеют одну и ту же материальную причину – дерево, но разные формы, которые и делают их разными типами субстанций, подчиненными разным типам целей. Наконец, четвертый тип причин – «действующая причина» (*causa efficiens*) представляет собой то, что непосредственно влечет возникновение определенной субстанциальной формы. Например, семя, брошенное в землю, представляет собой эффективную причину дерева¹.

Глоссаторы использовали понятие материальной причины для того, что интерпретировать римские *actiones* в объективно-правовом ключе. *Actio* с этой точки зрения, как и любой другой предмет, должно быть подчинено метафизике четырех причин. *Obligatio* стало трактоваться как материальная причина *actio*. При помощи этой интерпретации глоссаторы попытались решить проблему соотношения вещей и обязательств в классификации Гая. Это поразительным образом, даже по терминологии («мать» и «материальная причина» соответственно), напоминало парафраз Теофила. Как утверждают исследователи, прямого влияния текста Теофила на глоссаторов не могло быть², поскольку текст Теофила появился в Западной Европе в 1534 г. на греческом языке, а в 1536 г. в латинском переводе³.

Сходство независимых друг от друга решений, вероятно, должно быть объяснено сходством задач поиска объективно-правовой основы институтов частного права. Само стремление найти эту объективно-правовую основу исследователи связывают с влиянием этической доктрины христианства на право. Иными словами, для того, чтобы реинтерпретировать классическую римскую систему принудительного осуществления прав (*actiones*) в систему правил поведения, необходимо было опираться на христианскую модель заповедей, декалога⁴. Правовая

¹ Подробнее об учении о четырех причинах и его влиянии на европейскую традицию частного права см., например: *Gordley J. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Oxford University Press, 1991. P. 17.

² *Wieacker F. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996. S. 53.

³ *Fezer K.-H. Op. cit.* S. 149.

⁴ *Bucher E. Op. cit.* S. 7.

реальность стала трактоваться именно как *порядок, космос*, как нечто, производное от божественного порядка, от правил. В то же время римский акцент на принудительном осуществлении прав, на *конфликтной стадии развития* отношений субъектов не приветствовался с точки зрения христианской этики. Конфликт начал рассматриваться не как естественное состояние отношений в социуме, а как аномалия, нежелательное явление, то, чего следует избегать. Таким образом, правовой порядок стал рассматриваться в качестве «эманации» высшего божественного порядка.

Этот серьезный семантический сдвиг в понимании права, функций правовой системы привел к необходимости заново определять взаимное соотношение некоторых базовых категорий римского права. Так, Гельмут Коинг обратил внимание на фрагмент глоссы Институций (Institutiones 4.6), который следующим образом трактует соотношение права и средства защиты права: «*Nota quod actio est jus, quo persequimur, sed obligatio est jus, propter quod persequimur*». В тексте четко различаются средство защиты права (*jus, quo persequimur*) и материальное право (*jus, propter quod persequimur*). Средство защиты трактуется как право, посредством которого осуществляется защита, а материальное право (опять отождествляемое с обязательством) трактуется как право, на основе которого предоставляется защита. Соответственно, материальное право может рассматриваться в качестве «материальной причины» средства защиты (*mater et causa actionis*).

Вероятно, здесь мы наблюдаем важное свидетельство перехода к материально-правовой трактовке частноправовых институтов¹. Это подтверждает гипотезу о переходе к объективно-правовому пониманию частноправовых институтов. Однако, по мнению большинства исследователей, речь еще не может идти о субъективно-правовом характере соответствующих понятий².

Одним из косвенных подтверждений этого переходного состояния средневековой системы цивилистических институтов и категорий служит уже тот примечательный факт, что и парафраз Теофила, и учение глоссаторов об обязательстве как «материальной причине» *actio* касались не всех разновидностей *jura*, а исключительно *obligationes*. Если предположить, что *actio* мыслилось как эманация субъективного права, то, очевидно, не только обязательства, но и, например, вещные права (включая права собственности) должны рассматриваться в качестве материальной причины соответствующих средств защиты (*actiones*). Между тем первоначально иски обсуждались исключительно в связи с обязательствами. Не предпринималось попытки поставить вопрос, например, о *causa materialis* виндикационного иска³.

¹ Coing H. Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht" / Coing H., Lawson F.H., Grönfors K. Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1959. S. 13.

² Dubischar R. Op. cit. S. 30–41.

³ Ibid. S. 35.

Вероятнее всего, в данном случае мы имеем дело с длинным социальным процессом, началом которого были лишь попытки интерпретации авторитетных текстов с целью сделать их понимание более транспарентным. Уже отмечалось, что именно проблема места обязательств в системе Гая вызвала наибольшее напряжение. Если отсутствие *dominium* (одновременно с наличием почти всех важных ограниченных вещных прав) в составе вещей (*rei*) еще можно как-то обосновать и с современных позиций¹, то присутствие обязательств в том же разделе вызывает очевидные сомнения. Именно на разрешение этой проблемы и была направлена активность средневековой науки частного права. При этом надо иметь в виду, что активность эта осуществлялась преимущественно в форме экзегетики и формально-логической систематизации, осуществляемых в основном с целью устранить видимые противоречия в авторитетных источниках. Иными словами, вероятнее всего, первоначально задача не ставилась в терминах формирования материально-правовых эквивалентов процессуальных средств защиты (*actiones* римского права). Речь скорее шла о попытке четче и яснее артикулировать взаимосвязь *actiones* и *obligationes*, потому что статус *obligationes* вызывал наибольшие вопросы.

Однако на следующем этапе был поставлен и вопрос о том, что *actiones*, строго говоря, относятся не только к обязательствам, но и ко всем разновидностям частных прав. В структурном отношении это приобрело форму обособления *obligationes* в качестве самостоятельной третьей классификационной категории, располагающейся между вещами и исками. Таким образом, в течение некоторого времени популярные классификационные схемы частнопрововых институтов состояли из четырех субкатегорий: лица/вещи/обязательства/иски. Такую структуру имел, например, Брахилог – популярный в позднем Средневековье краткий свод римского права².

Подобная модель таксономии также носит переходный характер. С одной стороны, в ней сохранены базовые элементы классической схемы Гая. Это получило выражение, в частности, в сохранении всех трех субкатегорий трихотомии Гая. Но чувствуется и новая интенция. Просто так «втиснуть» категорию обязательства между категориями вещи и иска и не изменить семантику последних невозможно. Очевидно направление эволюции: движение идет от трихотомии «лица/вещи/иски» к дихотомии «вещные права/обязательственные права». Однако пока этому препятствует не проясненный до конца статус категории «лица» и противоречивый состав категории «вещи», в рамках которой объединяются телесные вещи и права.

Наиболее очевидным образом это противоречие получило выражение в теоретическом наследии выдающегося представителя французской школы «гуманистической юриспруденции» Гуго Донелла. Два основных достижения Донелла

¹ Giglio F. Op. cit.

² Dubischar R. Op. cit. S. 43.

в развитии цивилистической мысли напрямую касаются проблематики теории субъективного частного права¹. Речь идет о первом теоретически зрелом варианте последовательного разделения материального (частного) права и процесса. Второй крупный вклад Донелла в европейскую науку частного права касается произведенного им первого в ее истории обоснования существования в частном праве института защиты личных (неимущественных) благ².

Донелл известен в основном и прежде всего как систематик частного права³. Гуманистическая юриспруденция отличалась от предшествующей средневековой традиции частноправовой мысли главным образом большей самостоятельностью и критическим отношением к этой традиции. Главное, что изменилось, – авторитетный текст (источников права) утратил самодостаточность. Теперь, чтобы продемонстрировать убедительность того или иного юридического аргумента, ссылки на авторитетный текст стало недостаточно – необходимо было тем или иным способом продемонстрировать *рациональность* соответствующего аргумента. Легитимация частноправовых конструкций и институтов приобретает все более рефлексивный и рациональный характер, эволюционируя от доказательств *ratione imperii* к обоснованиям *imperii rationis*.

Одним из вариантов такого рода рационализации науки частного права и является теория Донелла. В ее основу Донелл положил рационализацию посредством широкого использования таксономий и классификаций. Все содержание частного права Донеллу удастся передать посредством серии таксономий, с помощью которых классифицируются основные институты частного права. При этом таксономии далеко не всегда отсылают к каким-то основополагающим принципам частного права. Скорее речь идет о попытке упростить содержание частноправовых правил и институтов, сделать их понимание доступнее и понятнее для гораздо более взыскательного (чем средневековое) правового сознания раннего Нового времени. Иначе говоря, классификации и дистинкции Донелла представляли собой нечто вроде *плана местности*, с помощью которого можно было, часто многое упрощая, сориентироваться на ней. Важность этого типа научной рациональности не следует преуменьшать. Не случайно одним из самых внимательных читателей текстов Донелла был не кто иной, как Фридрих Карл фон Савиньи.

Донеллу впервые удалось четко и окончательным образом отделить материальное частное право от процесса. На уровне систематики это получило выражение в том, что рубрика *actiones* утратила самостоятельный характер. Поскольку средства защиты, иски касаются всех видов гражданских прав и относятся ко

¹ Fezer K.-H. Op. cit. S. 166–167.

² Термин «личные (неимущественные) права» не используется в данном контексте как раз по причине дискуссионного характера вопроса относительно того, в какой мере можно признать наличие конструкции субъективного частного права в концепции Донелла.

³ Gordley J. The Jurists: A Critical History. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 120.

всем видам гражданско-правовых институтов, логичнее рассматривать защиту применительно к каждому из основных частноправовых институтов. Этот радикальный вывод завершил длительный процесс формирования современной систематики частного права и перехода от трихотомии (лица/вещи/иски) к дихотомии (вещные права/обязательственные права).

Как мы уже имели возможность убедиться выше, промежуточным этапом этой исторической эволюции являлись обособление категории обязательств и переход от трехэлементной к четырехэлементной классификации. Однако последняя не могла обладать стабильностью, прежде всего вследствие неприязненных оснований соотношения между обязательствами и исками и сложностями внутри категории вещей.

Окончательно эта проблема могла быть разрешена исключительно посредством отказа от самостоятельной рубрики исков. Но это в свою очередь повлекло и отказ от самостоятельности рубрики лиц. Основу новой классификации составили категории «вещи» и «обязательства».

Строго говоря, Донелл классифицирует не права (вещные и обязательственные), а имущественные блага. Тем не менее в этих классификациях в полной мере отражается новаторский подход. Прежде всего Донелл классифицирует виды принадлежащего субъекту имущества (*id, quod nostrum est*) на две группы: «*Id, quod nostrum cuiusque est, duplex est. Est enim, quod vere et proprie nostrum sit: est etiam, quod nobis debeatur*»¹. Иными словами, впервые имущественная сфера субъекта частного права определяется через структуру принадлежащих ему имущественных прав. Виды имущества классифицируются в зависимости от типов юридических возможностей, которые мыслимы в отношении соответствующего типа имущества. В данном случае мы совершенно четко различаем зачатки будущей классификации вещных и обязательственных прав: *id, quod vere et proprie nostrum est* отражает абсолютно-правовой тип господства над объектами, в то время как *quod nobis debeatur* прямо отсылает к обязательно-правовому типу юридических возможностей. Немаловажным следствием такого подхода стало то, что эта дихотомия между двумя видами прав и составляет, с точки зрения Донелла, основную классификацию частноправовых институтов. Иными словами, впервые на концептуальном уровне выдвинуто представление о частном праве как различных способах господства субъектов над объектами. По сравнению со своими средневековыми предшественниками, Донелл сделал еще один серьезный шаг вперед в направлении формирования конструкции субъективного права. Если в предшествующий период римские *actiones* переводились на язык материального права, то Донелл впервые предложил рассматривать все институты частного права как различные виды господства субъектов над объектами. По этой логике именно понятие господства субъекта над объектом становится ключевой абстракцией, с которой следует начинать изложение содержания частного права, его институтов и конструкций.

¹ Fezer K.-H. Op. cit. S. 168-169.

Тем не менее обращает на себя внимание и то немаловажное обстоятельство, что Донелл классифицирует то, что мы в современных условиях именуем объектами гражданских прав. *Quod nostrum* – это по существу виды имущества, а не виды прав на него. Это выглядит несколько странно, ведь основу рассматриваемой дихотомии составляет именно структура юридических возможностей, а не разновидности объектов гражданских прав. Другими словами, мы отделяем *quod nostrum* в зависимости от юридического содержания возможности обладания, *по туну юридического господства*. Только при подобной трактовке становится понятным отличие внутри категории *quod nostrum*.

Вероятнее всего, это противоречие является косвенным свидетельством того, что Донелл не использовал категорию субъективного частного права в техническом смысле в качестве основы своей классификации. Несмотря на то что классификация по типам господства уже вполне подразумевает само понятие типа господства субъекта над объектом, что и выражает категория субъективного частного права, тем не менее классификация остается привязанной к объектам. В этом отражается переходный характер доктрины Донелла. С одной стороны, классификация остается структурированной вокруг типов объектов, как это имело место ранее. С другой стороны, эти типы объектов репрезентируются через типы юридических возможностей в отношении этих объектов.

Если пытаться определить этот странный теоретический гибрид в современных понятиях, то, пожалуй, можно с известной долей условности утверждать, что в данном случае мы впервые встречаемся с тем, что сейчас именуется *рефлексом норм объективного права*. Речь идет о ситуации, когда норма объективного права закрепляет за каким-либо субъектом юридическую возможность (возможность определенного поведения). При этом указанная юридическая возможность еще не мыслится в качестве субъективно-правовой в техническом смысле слова, т.е. *принадлежащей субъекту*, выступающей как следствие осуществляемого им юридического господства. Самый очевидный пример из современной цивилистики – правовой статус выгодоприобретателя в рамках обязательств, исполнение по которым производится в пользу третьего лица. Термин «рефлекс» как раз хорошо фиксирует смысл этого различия: выгодоприобретатель не является управомоченным в техническом смысле, не обладает правом требования, а приобретает благо, которое закрепляет за ним норма объективного права.

Разница между современным правом и концепцией Донелла, вероятно, состоит в следующем: в современном частном праве такого рода юридические конструкции встречаются, но не составляют абсолютного большинства. У Донелла же, напротив, все виды юридических возможностей в частном праве мыслятся в духе рефлексов объективного права.

В то же время, несомненно, чувствуется некоторая тенденция в направлении субъективно-правовой конструкции. Это получило выражение, в частности, в трактовке личных неимущественных благ как элементов *jus nostrum*: «*Nam,*

*cum jus nostrum cujusque positum sit partim in persona ipsa cujusque, partim in rebus externis; juris autem nostri obtinendi ratio consistat in judiciis*¹. В данном случае чувствуется персонализация благ, движение в направлении субъективного принципа. Более того, сама юридическая возможность получает уже вполне привычное для нас определение с помощью понятия *spocobности: facultas et potestas jure tributa*². Но целью Донелла, как отмечают авторитетные исследователи, все же была не столько попытка реорганизовать традиционную частнопрововую систематику таким образом, чтобы в ее основе лежала категория господства субъекта над объектом. Основной задачей Донелла, скорее всего, считал создание нового рационального и относительно простого способа изложения частного права³. Категория же господства субъекта над объектом, имплицитно содержащаяся в этих классификациях в качестве их основного принципа, была скорее полочным продуктом проекта Гуго Донелла.

При этом очевидно, что предложенная Донеллом классификация частнопрововых институтов неявным образом опирается на понимание права как способности или атрибута субъекта. Эта теоретическая конструкция была разработана не цивилистами, а средневековыми теологами.

Использование терминов «*спocобность*», «*правовая власть*» для описания юридических возможностей субъектов частного права представляет собой серьезный шаг в направлении субъективно-правовой трактовки частного права. Не следует ли считать, что рефлекс объективно-правового предписания тогда превращается в конструкцию субъективного частного права в техническом смысле, когда содержание юридической возможности начинают описывать как *facultas* или *potestas*? Чтобы ответить на этот вопрос, необходимо обратиться к рассмотрению еще одного сюжета эволюции средневековой и раннемодерной теории. Речь идет как раз о генезисе понятия способности (определенного) поведения.

При этом необходимо иметь в виду, что в эпоху Средних веков дискуссии, связанные с понятиями юридической возможности, способности или господства, велись параллельно на нескольких «треках». Наряду с собственно цивилистической линией, основанной главным образом на интерпретации и систематизации авторитетных текстов римского права, существовала еще и глубокая и разнообразная теологическая традиция, в рамках которой вырабатывались интересные теоретические конструкции, имеющие прямое и непосредственное отношение к генезису конструкции субъективного частного права.

Интересную попытку проследить генезис конструкции субъективного права в средневековой традиции канонического права предпринял Брайан Тирни. Основной тезис Тирни состоит в том, что формирование понятия субъективно-

¹ Fezer K.-H. Op. cit. S. 169.

² Ibid. S. 171.

³ Gordley J. The Jurists: A Critical History. P. 125.

го права как специфической способности субъекта является результатом сложной исторической эволюции, начало которой было положено в каноническом праве примерно в XI–XII вв.¹ В трудах канонистов, главным образом комментирующих авторитетный свод норм канонического права XII в. – Кодекс Грациана, можно впервые обнаружить понимание права в субъективном смысле. Тирни выделяет несколько сюжетов такого рода.

Во-первых, дискуссия о генезисе частной собственности, в рамках которой возникла идея дозволительного естественного права. Чтобы ответить на вопрос, каким образом возникла частная собственность, канонисты предложили идею, согласно которой первоначальный режим общности имущества имел диспозитивный характер, т.е. мог быть изменен соглашением субъектов². Соответственно, режим дозволенности предполагает наличие у субъектов права свободы выбора, в данном случае свободы выбора относительно перехода из режима общности имущества в режим частной собственности. А свобода выбора в соответствии с современными представлениями о субъективном праве и составляет его концептуальную основу³. По этой причине, полагает Тирни, мы имеем полное право квалифицировать рассматриваемый феномен в качестве субъективного права в техническом смысле слова.

Второй сюжет касается дискуссии вокруг прав, которые возникают в условиях экстремальной нужды. Речь идет о ситуациях, в которых неимущие могли претендовать на получение предметов первой необходимости (прежде всего еды и одежды) от более обеспеченных сограждан в ситуации, когда первые испытывают в них исключительную потребность. Вопрос состоял в том, каким образом юридически квалифицировать указанную ситуацию с точки зрения частного права. Можно ли говорить, что испытывающие исключительную нужду лица имеют право *требовать* предоставления им предметов первой необходимости? Этот вопрос вызвал в каноническом праве дискуссию. Тирни полагает, что частная собственность в условиях экстремальной нужды превращалась обратно в общую и, соответственно, испытывающие исключительную нужду лица обладали правом требовать предоставления им предметов первой необходимости⁴.

Разумеется, полагает Тирни, речь в рассматриваемых случаях идет лишь о начале долгого и сложного процесса кристаллизации понятия субъективного права. Об этом говорит, в частности, тот факт, что канонисты XII–XIII вв. часто не различали контекстов употребления понятия права в объективном и субъективном смыслах, меняя их, часто в одних и тех же фрагментах собственных рассу-

¹ Tierney B. The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150–1625. Grand Rapids, MI: Wm. B. Eerdmans Pub., 1997.

² Ibid. P. 43–77.

³ Ibid. P. 66.

⁴ Ibid. P. 69.

ждений. Тем не менее именно здесь впервые начинает формироваться понимание субъективного права как способности к определенному поведению, атрибута субъекта права. Основой этого процесса, по мнению Тирни, являются появление первых университетов, начало интенсивного изучения текстов римского права, заново открытых тогда в Европе, и полемика между религиозными и светскими властями относительно властных прерогатив.

С предлагаемой Тирни датировкой возникновения категории субъективного права трудно согласиться. Сам Тирни совершенно справедливо отмечает, что далеко не каждая норма, создающая преимущество или предоставляющая благо определенному лицу, является субъективным правом в техническом смысле слова¹. Приведенные Тирни примеры проявлений субъективного права не в полной мере убеждают. Так, в соответствии с современными представлениями возможность приобретения вещей в частную собственность трактуется как часть гражданской правоспособности, а не элемент какого-либо субъективного права. Естественно, этот случай также относится к проявлениям принципа диспозитивности, но даже если рассматривать гражданскую правоспособность в качестве субъективного права *sui generis*, то этот феномен никак нельзя рассматривать в качестве типичного субъективного права, которое понимается прежде всего как приобретенное право. Между тем основная проблема с догматической квалификацией гражданской правоспособности в том и состоит, что она предоставляется объективным правом всем и каждому в равном объеме и ее предоставление не предполагает активности самого субъекта, которому она предоставляется. Это свойство гражданской правоспособности свидетельствует скорее о ее объективно-правовой природе. Только осуществление возможностей, составляющих содержание гражданской правоспособности, предполагает по общему правилу инициативу самого ее носителя, что типично и для субъективных прав. Иными словами, гражданская правоспособность представляет собой некое пограничное явление, одновременно демонстрируя признаки объективного и субъективного права. Но в любом случае сам факт наличия в гражданской правоспособности проявлений принципов правонаделения и диспозитивности еще не свидетельствует об обладании ей свойствами субъективного права².

Само по себе наличие некоторой юридической возможности, которая закрепляется за субъектом, еще не влечет необходимости рассматривать предоставление такой возможности в качестве закрепления субъективного права. Разумеется, правоспособность можно трактовать в качестве субъективного права особого рода, и такая точка зрения имеет солидную традицию в цивилистической доктрине. Она опирается на трактовку субъективного права как свободы, и ей про-

¹ Tierney B. Natural Law and Natural Rights: Old Problems and Recent Approaches // Review of Politics. 2002. Vol. 64. Iss. 3. P. 389–406.

² Vonlanthen A. Zum rechtsphilosophischen Streit über das Wesen des subjektiven Rechts. Zürich: Polygraphischer Verlag, 1964. S. 27.

В Е С Т Н И К
ГРАЖДАНСКОГО
ПРАВА

юридический журнал для профессионалов

Подписку на журнал Вы можете оформить на сайте: www.mvgp.org

Отдел подписки: тел. +7 (495) 649-18-06; e-mail: mvgp@mvgp.org

Периодичность выхода – 6 раз в год

СТОИМОСТЬ ПОДПИСКИ В РЕДАКЦИИ
на 2020 год

Один номер	–	1000 р.
Три номера (полугодовая)	–	3000 р.
Шесть номеров (годовая)	–	6000 р.

В любом отделении Почты России по каталогам

Подписные индексы:

Роспечать: 36 771

Пресса России: 36 978

Почта России: П2208 (интернет-каталог)

Вподписном агентстве

«Урал-Пресс» в Вашем регионе www.ural-press.ru

Подписано в печать 19.11.2019. Формат 70x100 1/16. Объем 16,875 п.л.

Цена свободная. Заказ №

Наш адрес: 119454, г. Москва, ул. Лобачевского, 92, корп. 2.

Для корреспонденции: 119454, г. Москва, «ИД В. Ема».

Тел. (495) 649-18-06 e-mail: mvgp@mvgp.org www.mvgp.org

ISSN 1992-2043



9 771992 204776 >

ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛИТЕРАТУРА

ИЗДАТЕЛЬСТВО «СТАТУТ»



+7 (495) 649-18-06



www.estatut.ru